تحفة الحنبلي

بشرح دليل الشيخ مرعي

أبو المنذر محمود بن محمد بن مصطفى المنياوي

الدرس المائة

(باب الشفعة):

بإسكان الفاء من الشفع وهو الزوج؛ لأن نصيب الشفيع كان منفردا في ملكه وبالشفعة يضم المبيع إلى ملكه فيشفعه به، أو من الشفاعة أي الزيادة؛ لأن المبيع يزيد في ملك الشفيع أو؛ لأن الرجل كان إذا أراد بيع داره أتاه جاره وشريكه فيشفع له فيما باع فشفعه وجعله أولى به، أو لأن طالبها يسمى شفيعا؛ لمجيئه تاليا للمشتري، فهو ثان بعد أول فسمي طلبه شفعة.

وهي شرعا: استحقاق الشريك انتزاع شِقْص – أي نصيب – شريكه ممن انتقل إليه بعوض مالي، إن كان مثله، أو دونه.

قال الموفق: "وهي ثابتة بالسنة والإجماع؛ أما السنة، فما روى جابر – رضي الله عنه – قال: «قضى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بالشفعة فيما لم يُقْسَم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق، فلا شفعة» . متفق عليه. ولمسلم قال: «قضى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بالشفعة في كل شرك لم يقسم رَبْعَة، أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإن باع ولم يستأذنه فهو أحق به» .

وأما الإجماع، فقال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم، فيما بيع من أرض أو دار أو حائط.

ولا نعلم أحدا خالف هذا إلا الأصم، فإنه قال: لا تثبت الشفعة؛ لأن في ذلك إضرارا بأرباب الأملاك، فإن المشتري إذا علم أنه يؤخذ منه إذا ابتاعه، لم يبتعه، ويتقاعد الشريك عن الشراء، فيستضر المالك.

وهذا ليس بشيء لمخالفته الآثار الثابتة والإجماع المنعقد قبله. والجواب عما ذكره من وجهين: أحدهما، أنا نشاهد الشركاء يبيعون، ولا يعدم من يشتري منهم غير شركائهم، ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء. الثاني، أنه يمكنه إذا لحقته بذلك مشقة أن يقاسم، فيسقط استحقاق الشفعة".

قال اللبدي: "لفظ طلب الشفعة: أنا طالبٌ، أو مطالب، أو اَخذٌ بالشفعة، أو قائمٌ عليها، ونحوه مما يفيد محاولة الأخذ. ويملك الشَّقص به، فيصحّ تصرفه فيه، ويورث عنه، ولا يشترط رؤيته لأخذه. قال في التنقيح: ولا يعتبر رؤيته قبل تملّكه اهـ".

وقال: "ذكرت الشفعة عقب الغصب؛ لأنها تؤخذ قهرًا، فكأنها مستثناة من تحريم أخذ مال الغير قهرًا".

ووقولنا في التعريف: " إن كان مثله، أو دونه " أي إذا كان المنتقل إليه مثل الشريك بأن يكونا مسلمين أو كافرين، أو كان المنتقل إليه دون الشريك بأن كان الشريك مسلما والمنتقل إليه كافرا. وعلم منه أنه (**لا شفعة لكافر**) حال بيع (**على مسلم**) نصا، سواء أسلم بعد البيع أو لم يسلم، فالشفعة إنما تثبت للمسلم دفعا للضرر عن ملكه فقدم دفع ضرره على دفع ضرر المشتري، وحق المسلم أرجح ورعايته أولى وتثبت الشفعة للمسلم على الذمي؛ لعموم الأدلة وشمل الكافر الأصلي والمرتد ومن كفر ببدعة، فلا شفعة لمبتدع مكفر ببدعة على مسلم، وأهل البدع الغلاة كالمعتقد أن جبريل غلط في الرسالة إلى النبي – صلى الله عليه وسلم – وإنما أرسل إلى علي ونحوه، وكمن يعتقد ألوهية علي؛ لأنها إذا لم تثبت للذمي الذي يقر على كفره فغيره أولى.

وتثبت الشفعة لمن حكمنا بإسلامه منهم كالفاسق بالأفعال من زنا ولواط وشرب خمر ونحوه.

فائدة: ذكر لأحمد عن الشافعي أنه قال: ليس للرافضة شفعة فضحك وقال: أراد أن يخرجهم من الإسلام.

ويتجه ثبوت الشفعة لمجوسي وهو من يعبد النار على كتابي يهودي أو نصراني، ومن تدين بالتوراة والإنجيل على اختلاف أنواعهم، فتثبت الشفعة للكافر – ولو كان البائع للشقص المشفوع مسلما – لاستوائهما، ولأن الكفر في باب الشفعة ملة واحدة، ولأن الشفيع يأخذ الشقص من المشتري المساوي له، لا من البائع.

وتثبت الشفعة لقروي على بدوي كعكسه؛ لعموم الأدلة واشتراكهما في المعنى المقتضي لوجوب الشفعة.

لا تسقط الشفعة بالاحتيال على إسقاطها؛ لأنها إنما شرعت لدفع الضرر، فلو سقطت بالاحتيال للَحِق الضرر.

ويحرم الاحتيال على إسقاطها ، قال الإمام: لا يجوز شيء من الحيل في إبطالها، ولا إبطال حق مسلم واستدل الأصحاب بما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «لا ترتكبوا ما ارتكبت اليهود، فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل» ومن حيلهم: نصبهم الشباك ونحوه يوم الجمعة، فإذا جاءت الحيتان يوم السبت وقعت فيه، ويقولون: ما اصطدنا يوم السبت. فمسخهم الله قردة وخنازير وقال {فَجَعَلْنَاهَا نَكَالاً لِمَا بَيْنَ يَدَيْهَا وَمَا خَلْفَهَا وَمَوْعِظَةً لِلْمُتَّقِينَ} يعني أمة محمد صلى الله عليه وسلم، ليتعظوا بذلك، فيجتنبوا مثل فعلهم، وقال صلى الله عليه وسلم «لعن الله اليهود، إن الله لما حرم عليهم الشحوم، جَمَلُوهَا ثم باعوها، فأكلوا ثمنها».

والحيلة أن يظهر المتعاقدان في البيع شيئا لا يؤخذ بالشفعة معه ويتواطآن في الباطن على خلافه، ومن صور ذلك ما ذكره الموفق، وابن القيم وغيرهما: أن يتفقا على مقدار الثمن، ثم عند العقد يصبره صبرة غير موزونه، فلا يعرف الشفيع ما يدفع، فله أن يستحلف المشتري، فإن نكل قضي عليه، فإن حلف أخذه بقيمته. ومنها أن يهب الشقص للمشتري، ثم يهبه ما يرضيه، فله الأخذ بقيمة الموهوب. ومنها أن يشتريه بألف دينار، ثم يصارفه عن كل دينار بدرهمين، ومنها أن يشتري بائع الشقص منه عبدًا قيمته مائة درهم، بألف في ذمته، ثم يبيعه الشقص بالألف، فله أخذه بقيمة العبد. ومنها أن يشتريه بألف، وهو يساوي مائة ثم يبريه من تسعمائة، أو يشتري جزءًا منه بالثمن كله، ثم يهب له بقيته، فيأخذ الشفيع الشقص بالثمن، أو يظهران أن الثمن مائة، والمدفوع عشرون، قال الشيخ: وما وجد من التصرفات لأجل الاحتيال على إسقاط الشفعة فهو باطل، ولا تغير حقائق العقود بتغير العبارة.

(وتثبت) الشفعة **(للشريك فيما انتقل عنه ملك شريكه بشروط خمسة)**:

(أحدها: كونه) أي: الشقص المنتقل عن الشريك **(مبيعا)** صريحا أو في معناه كصلح عن إقرار بمال أو عن جناية توجبه وهبة بعوض معلوم؛ لأنه بيع في الحقيقة؛ لحديث جابر مرفوعا«أيما قوم كانت بينهم رِبَاعَةٌ ، أو دار، فأراد أحدهم أن يبيع نصيبه، فليعرضه على شركائه، فإن أخذوه فهم أحق به بالثمن » رواه أحمد؛ ولأن الشفيع يأخذه بمثل عوضه الذي انتقل به ولا يمكن هذا في غير المبيع**(فلا)** تجب الشفعة في قسمة إجبار؛ لأنها إفراز أو تراض لأنها لو ثبتت لأحدهما على الآخر لثبتت له عليه فلا فائدة، ولا **(شفعة فيما انتقل عنه ملكه بغير بيع)** كموهوب بلا عوض ولا موصى

به؛ لأن غرض الواهب والموصي نفع المتهب والموصى له، ولا يحصل مع انتقال عنه وكموروث لدخوله في ملك الوارث قهرا بلا عوض، وكذا لو عاد إليه الصداق أو بعضه لفسخ أو طلاق قبل الدخول أو رد المبيع لنحو عيب.

ولا شفعة في شقص عوضه غير مالي كالمجعول صداقا وعوض خلع أو طلاق أو عتق، وعوض صلح عن قود؛ لأنه ليس له عوض يمكن الأخذ به أشبه الموهوب بخلاف المبيع لإمكان الأخذ بعوضه، وكذا عوض صلح عن إنكار وما اشتراه ذمي بخمر أو خنزير.

الشرط **(الثاني: كونه)** أي: الشقص المبيع **(مشاعا)** أي: غير مفرز **(من عَقَار)** تجب قسمته بطلب من له فيه جزء إجبارا؛ لحديث جابر مرفوعا «الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة» رواه الشافعي، ولحديثه أيضا «إنما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» رواه أبو داود، ولأن الشفعة إنما ثبتت فيما تجب قسمته لمعنى وهو أن الشريك ربما دخل عليه شريك فيتأذى به فتدعوه الحاجة إلى مقاسمته، أو يطلب الداخل المقاسمة فيتضرر الشريك بمنع ما يحتاج إلى إحداثه من المرافق، وهذا لا يوجد في المقسوم **(فلا شفعة للجار)** في المقسوم المحدود لما تقدم، وحديث أبي رافع مرفوعا «الجار أحق بصقبه» - أي: بما يليه ويقرب منه - رواه البخاري، أجيب عنه بأنه أبهم الحق ولم يصرح به، فلا يجوز حمله على العموم في مضمر؛ لأن العموم مستعمل في المنطوق به دون المضمر، والثاني: أنه محمول على أنه أحق بالفناء الذي بينه وبين الجار ممن ليس بجار، أو أحق بإحسان جاره وصلته وعيادته وغير ذلك، أو أنه أريد بالجار في الأحاديث الشريك فإنه جار أيضا؛ لأن اسم الجوار يختص بالقريب، والشريك أقرب من اللصيق كما أطلق على الزوجة لقربها.

لا شفعة في عقار لا تجب قسمته كحمام صغير وبئر وطرق ضيقة وعراص[1] ضيقة ورحى صغيرة، وعن عثمان " لا شفعة في بئر ولا فحل نخل "[2] ولأن إثبات الشفعة فيه يضر بالبائع؛ لأنه لا

---

(١) جمع عرصة وهي كل بقعة بين الدور ليس فيها بناء.

(٢) قال أبو عبيد في غريب الحديث: " وتأويل البئر عندنا أن تكون البئر بين نفر ولكل رجل من أولئك النفر حائط على حدة ليس يملكه غيره وكلهم يسقي حائطه من هذه البئر فهم شركاء فيها وليس بينهم في النخل شرك، فقضى عثمان أنه إذا باع رجل منهم حائطه فليس لشركائه في البئر شفعة في الحائط من أجل شركه في

يمكنه التخلص من إثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة، وقد يمتنع المشتري لأجل الشفيع فيتضرر البائع، وقد يمتنع البيع فتسقط الشفعة. فإن كان البئر تمكن قسمته بئرين يرتقي الماء منهما وجبت الشفعة، وكذا إن كان مع البئر بياض أرض بحيث تحصل البئر في أحد النصيبين، وكذا الرحى إن أمكنت قسمته بأن كان له حصن بحيث يحصل الحجر في أحد القسمين، أو فيها أربعة أحجار دائرة يمكن أن ينفرد كل واحد بحجرين.

(ولا) شفعة **(فيما ليس بعقار)** أي أرض **(كشجر وبناء مفرد)** وحيوان وجوهر وسيف ونحوهما كسفينة وزرع وثمر وكل منقول ؛ لأنه لا يبقى على الدوام، ولا يدوم ضرره بخلاف الأرض

(ويؤخذ الغراس والبناء) بالشفعة **(تبعا للأرض)**؛ لحديث قضائه صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل مشترك لم يقسم ربعه أو حائطا، ولا يؤخذ ثمر ظاهر وزرع بشفعة لا تبعا ولا مفردا؛ لأنه لا يدخل في البيع تبعا، فلا يؤخذ بالشفعة كقماش الدار، وعكسه البناء والغراس، إذ الشفعة بيع حقيقة، إلا أن للشفيع سلطان الأخذ بغير رضا المشتري.

الشرط **(الثالث: طلب الشفعة ساعة يعلم)** بالبيع؛ لأن الأخذ بالتراخي يضر بالمشتري لعدم استقرار ملكه على المبيع، فإن لم يعلم بالبيع فهو على شفعته ولو مضى سنون، قال الوزير: اتفقوا على أنه إذا كان الشفيع غائبًا فله إذا قدم المطالبة بالشفعة؛ لأنها حق مالي وجد سببه بالنسبة إلى الغائب، فتعينت له كالإرث، ولأنه شريك، لم يعلم بالبيع، فثبتت له الشفعة عندها، كالحاضر إذا كُتم عنه البيع، وكذا الصغير إذا كبر، قال الموفق وغيره: يلزم وليه الأخذ بالشفعة إذا كان للصبي حظ في الأخذ بها؛ لأن عليه الاحتياط له، وإذا أخذ بها، ثبت الملك للصبي، ولم يملك نقضه بعد البلوغ، وإن تركها الولي، وللصبي فيها حظ، فله الأخذ بها إذا كبر، وإن تركها لعدم الحظ سقطت، وكذا إن أخر الشفيع طلب الشفعة لعذر كشدة جوع أو عطش به حتى يأكل أو يشرب أو أخره المحدث لطهارة أو من بابه مفتوح لإغلاق باب أو ليخرج من حمام إذا علم وهو داخله أو أخر طلبها حاقن أو حاقب ليقضي حاجته أو أخره مؤذن ليؤذن ويقيم الصلاة أو أخره ليشهد الصلاة في جماعة يخاف فوتها باشتغاله بطلب الشفعة، ونحوه كمن انخرق ثوبه أو سقط منه مال فأخره إلى أن يرقع ثوبه أو

البئر. وأما قوله في الفحل فإنه من النخل ومعناه الفحل يكون للرجل في حائط قوم آخرين لا شرك له فيه إلا ذلك الفحل فإن باع القوم حائطهم فلا شفعة لرب الفحل فيه من أجل فحله".

يلتمس ما سقط منه أو أخره من علم ليلا حتى يصبح مع غيبة مشتر في جميع هذه الصور؛ لأنه مع حضوره يمكنه مطالبته بلا اشتغال عن أشغاله، أو أخر الطلب لفعل صلاة وسننها ولو مع حضور المشتري لم يسقط؛ لأن العادة تقديم هذه الحوائج ونحوها على غيرها فليس الاشتغال بها رضا بترك الشفعة، كما لو أمكنه الإسراع في مشيه أو تحريك دابته فلم يفعل ومضى على حسب عادته إلى المشتري إذ الفور المشروط بحكم العادة **(فإن أخر)** الشفيع طلب الشفاعة **(لغير عذر سقطت والجهل بالحكم عذر)** فإن أخر الطلب جهلا بأن التأخير مسقط للشفعة ومثله يجهله لم تسقط؛ لأن الجهل مما يعذر به، أشبه ما لو تركها لعدم علمه بها، فإن لم يكن مثله يجهله سقطت شفعته، قال اللبدي: لعل المراد بمن مثله يجهل كمن نشأ في برّيّة، أو لا يخالط أهل العلم والمعرفة، مثل الرّعاة والحرّاثين ونحوهم، ومع ذلك فالظاهر أنه يحلف أنه لا يعلم أن التأخير مسقط لها؛ لاحتمال أنه سمع ذلك من بعض الناس.

ويملك الشقص المبيع بالطلب، فيصح للشفيع أن يتصرف في الشقص المشفوع لانتقال ملكه إليه بالطلب ويورث عنه كسائر أملاكه.

وإن لم يجد شفيع عند علمه بالبيع من يشهده على الطلب بأن لم يجد أحدا أو وجد من لا أهلية فيه أو من لا يقدم معه إلى محل الخصومة، أو أخر الطلب والإشهاد عليه عجزا كمريض ومحبوس ظلما فعلى شفعته، فإن كان بحق يمكنه أداؤه سقطت.

إن أخر الطلب، والإشهاد عليه لإظهار بائع ومشتر أو أحدهما أو مخبر الشفيع زيادة ثمن عما وقع عليه العقد، أو لإظهار أحد ممن ذكر نقص مبيع أو لإظهار أن المبيع موهوب أو لإظهار أن المشتري غير المشتري حقيقة، أو أخر شفيع الطلب أو الإشهاد عليه لتكذيب مخبر له لا يقبل خبره فهو على شفعته، فلا تسقط بالتأخير لذلك؛ لأنه إما معذور أو غير عالم بالحال على وجهه كما لو لم يعلم مطلقا ؛ ولأن خبر من لا يقبل خبره مع عدم تصديق شفيع له وجوده كعدمه، فإن صدقه سقطت شفعته لاعترافه بوقوع البيع وتأخيره له كما لو أخبره ثقة فلم يصدقه، فإن أُخبر بثمن فلم يطالب ثم ظهر أن الثمن أكثر مما أخبر به سقطت ؛ لأن من لا يرضى بالقليل لا يرضى بالكثير.

وعلم منه أن المريض مرضا يسيرا لا يمنعه طلب الشفعة، والمحبوس بحق يمكنه أداؤه إذا أباه تسقط شفعته؛ لأنه غير معذور.

وتسقط شفعته إن كذب مخبرا له مقبولا خبره ولو واحدا ؛ لأنه خبر عدل يجب قبوله في الرواية والفتيا والأخبار الدينية، أشبه ما لو أخبره أكثر من عدل، أو قال شفيع لمشتر لشقص: بعنيه أو أكرنيه أو قاسمني أو صالحني عليه أو هبه لي أو ائتمني عليه أو اشتريته رخيصا ونحوه؛ لأن هذا وشبهه دليل رضاه بشرائه وتركه للشفعة.

لا تسقط شفعته إن عمل دلالا بينهما؛ لأن المسقط لها الرضا بتركها بعد وجوبها ولم يوجد، أو دعا الشفيع للمشتري بالبركة بعد البيع؛ لأن دعاءه إن كان بالبركة في البيع فهو دعاء لنفسه لرجوع الشقص عليه، أو أسقط الشفعة قبل بيع شقص فلا تسقط؛ لأنه إسقاط حق قبل وجوبه كما لو أبرأه مما يستقرضه له.

الشرط (**الرابع**: **أخذ جميع**) الشقص (**المبيع**) دفعا لضرر المشتري بتبعيض الصفقة في حقه بأخذ بعض المبيع مع أن الشفعة على خلاف الأصل دفعا لضرر الشركة، فإذا أخذ البعض لم يندفع الضرر (**فإن طلب**) الشفيع (**أخذ البعض**) أي: من المبيع (**مع بقاء الكل سقطت**) شفعته لما تقدم، ولأن حق الأخذ إذا سقط بالترك في البعض سقط في الكل كعفوه عن بعض قود يستحقه.

وإن تلف بعض المبيع، كانهدام بيت من دار بيع بعضها بأمر سماوي كمطر أو بفعل آدمي مشتر أو غيره أخذ الشفيع باقي المبيع إن شاء بحصته من ثمن جميع الشقص، فإن كان المبيع نصف الدار، وقيمة البيت المنهدم منها نصف قيمتها أخذ الشفيع الشقص فيما بقي من الدار بنصف ثمنه، ثم إن بقيت الأنقاض أخذها مع العَرْصَة(١) وما بقي من البناء وإن عدمت أخذ ما بقي من البناء مع العرصة بالحصة؛ لأنه تعذر عليه أخذ كل المبيع بتلف بعضه، فجاز له أخذ الباقي بحصته، كما لو كان معه شفيع آخر.

وإن نقصت القيمة مع بقاء صورة المبيع كانشقاق الحائط وبوران الأرض، فليس له الأخذ إلا بكل الثمن وإلا ترك.

(**والشفعة بين الشفعاء على قدر أملاكهم**) فيما منه الشقص المبيع؛ لأنها حق يستفاد بسبب الملك فكانت على قدر الأملاك، فإن دار الملك بين ثلاثة: نصف وثلث وسدس، باع صاحب النصف نصيبه فهو بينهما على ثلاثة، لصاحب الثلث اثنان ولصاحب السدس واحد.

---

(١) أي الساحة.

ومع ترك البعض من الشركاء حقه من الشفعة لم يكن للباقي الذي لم يترك أن يأخذ بالشفعة إلا كل المبيع، أو يترك الكل حكى ابن المنذر الإجماع عليه، ولأن في أخذ البعض إضرارا بالمشتري، وكذا إن غاب بعض الشركاء فليس للحاضر إلا أخذ الكل أو تركه نصا؛ لأنه لا يعلم له مطالب سواه ولا يمكن تأخير حقه إلى قدوم الغائب لما فيه إضرار المشتري، فلو كان الشفعاء ثلاثة فحضر أحدهم فأخذ جميع الشقص ملكَه.

ولا يؤخِّر بعض ثمنه ليحضر غائب فيطالَب؛ لوجوب الثمن عليه بالأخذ، فإن أصر على الامتناع من إيفائه فلا شفعة له كما لو أبى أخذ جميع المبيع، والغائب من الشفعاء على حقه من الشفعة للعذر، فإن حضر ثان بعد أخذ أول قاسمه إن شاء أو عفا ويبقى للأول، فإن قاسمه ثم حضر الثالث قاسمهما إن أحب أو عفا، فيبقى للأولين، وإن أراد الثاني بعد أخذ أول جميع الشقص الاقتصار على قدر نصيبه وهو الثلث، فله ذلك؛ لأنه أسقط بعض حقه ولا ضرر فيه على مشتر، والشفيع دخل على أن الشفعة تتبعض عليه، فإذا قدم الثالث فله أن يأخذ من الثاني ثلث ما بيده فيضمه إلى ما بيد الأول ويقتسمانه نصفين[1].

ولا يطالب الغائب حاضرا بما أخذ الحاضر من غلة الشقص من ثمر وأجرة ونحوهما؛ لأنه انفصل من مِلكه كما لو انفصل في يد مشتر قبل أخذه بالشفعة، وإن ترك الأول الأخذ توفرت لصاحبيه.

الشرط **(الخامس: سبق ملكُ)** الشريكِ **(الشفيع)** ملكَ المشتري **(لرقبة العقار)** أي لجزء من رقبة ما منه الشقص المبيع بأن يملكه قبل البيع؛ لأن الشفعة ثبتت لدفع الضرر عن الشريك، فإذا لم يكن له ملك سابق فلا ضرر عليه، ويعتبر ثبوت المِلك فلا تكفي اليد **(فلا شفعة لأحد اثنين)** على الآخر إن كانا قد اشتريا حق واحد، أو **(اشتريا عقارا معا)** صفقة واحدة، إذ لا سبق، وكذا لو جهل السبق مع ادعاء كل منهما السبق وتحالفا أو تعارضت بَيِّنَتاهما بأن شهدت بينة لكل منهما بسبق مِلكه وتجدد ملك صاحبه؛ لاستوائهما في المبيع في زمن واحد، فلا مزية لأحدهما على الآخر.

---

(١) قال محمد الخلوتي: الذي بيده الثلث وثلثه تسع، فيضمه إلى ما بيد الأول وهو ثلثان فيصير المجموع سبعة أتساع، فإذا اقتسما نصفين كان لكل منهما ثلاثة ونصف، والثاني اثنان، وهما الباقي بعدما أخذه الثالث من حصته وهو ثلث الثلث المعبر عنه بتُسع ...

لا تثبت شفعة بشركة وقف، فلو كانت أرض بين اثنين بعضها وقف، وبعضها طلق، فلا شفعة لصاحب الوقف على صاحب الطلق؛ لأنه لا يؤخذ بالشفعة فلا تجب به الشفعة، كالمجاور، ومالا ينقسم، والموقوف عليه غير مالك، ولأن مستحقه غير تام الملك؛ لأن ملكه لا يبيح التصرف في الرقبة، فلا يملك به ملكا تامًا، ولأن الأخذ بالشفعة بيع، والوقف مما لا يجوز بيعه.

ولا تثبت الشفعة بملك المنفعة، كبيع شقص من دار موصى بنفعها له، فلا شفعة لموصى له؛ لأن المنفعة لا تؤخذ بالشفعة فلا تجب بها.

(وتصرف المشتري) في شقص مشفوع **(بعد أخذ الشفيع بالشفعة)** أي المطالبة بها **(باطل)**؛ لانتقال الملك للشفيع المليء بالثمن بمجرد الطلب – وهو المذهب –، وحتى على القول بأن الشفيع لا يملك الشقص بمجرد المطالبة – وهو أحد الوجوه – وأنه لابد للتملك من أخذ الشقص، أو يأتي بلفظ يدل على أخذه بعد المطالبة، بأن يقول " قد أخذته بالثمن " أو " تملكته بالثمن " ونحو ذلك، فمجرد الطلب مقرر للحق، ولهذا لم تسقط بتأخير الأخذ بعدة وتسقط قبله فالحق محجور عليه فيه لحقه.

وأما إن نهى شفيع مشتريا عن التصرف بلا طلب بالشفعة لم يمتنع تصرفه وسقطت الشفعة لتراخيه.

(و) تصرف مشتر **(قبله)** أي: الطلب بوقف على معين أو غيره أو هبة أو صدقة أو بما لا تجب به شفعة ابتداء كجعله مهرا أو عوضا في خلع أو طلاق أو عتق أو جعله صلحا عن دم عمد **(صحيح)** – ما لم يكن عن حيلة لإسقاط الشفعة كما سبق – وتسقط به الشفعة؛ لأن في الشفعة إضرارا بالمأخوذ منه إذن؛ لأن ملكه يزول عنه بغير عوض؛ لأن الثمن إنما يأخذه المشتري والضرر لا يزال بالضرر.

ولا تسقط بتصرف مشتر في شقص قبل طلب برهن أو إجارة؛ لبقائه في ملك مشتر، وسبق تعلق حق شفيع على حق مرتهن ومستأجر، وينفسخان أي: الرهن والإجارة بأخذ الشفيع الشقص المرهون أو المؤجر بالشفعة من حين الأخذ؛ لسبق حقه حقهما ولخروج الشقص من يد المشتري قهرا بخلاف البيع.

وإن وصى بالشقص فإن أخذ شفيع قبل قبول بطلت الوصية واستقر الأخذ، وكذا لو طلب ولم يأخذ ويدفع الثمن إلى الورثة، وإن قبل موصى له قبل أخذ شفيع وطلبه بطلت الشفعة.

وإن باع المشتري الشقص فللشفيع الخيار وأخذه بأحد البيعين، فإن شاء فسخ البيع الثاني، وأخذه بالبيع الأول بثمنه؛ لأن الشفعة وجبت له قبل تصرف المشتري، وإن شاء أمضى تصرفه، وأخذ بالشفعة من المشتري الثاني؛ لأن سبب الشفعة الشراء، وقد وجد السبب في الشراء الأول، وفي الشراء الثاني، فله الأخذ بأحدهما، ولأنه شفيع في العقدين، وكذا لو تعددت البيوع، فإن أخذ بالبيع الأول انفسخ ما بعده، وإن أخذ بالأخير لم ينفسخ شيء منها، وإن أخذ بالمتوسط انفسخ ما بعده دون ما قبله، فإذا أخذه من الثالث دفع إليه الثمن الذي اشترى به ولم يرجع على أحد؛ لأنه وصل إليه الثمن الذي اشتراه به. وإن أخذه الشفيع بثمن البيع الثاني من المشتري الثاني أو بثمن البيع الأول من المشتري الأول دفع إليه الثمن الذي اشتراه به.

ويرجع الذي أُخِذَ الشقص منه ببيع قبل بيعه وهو من كان الشقص بيده حال الأخذ على بائعه بما أعطاه من ثمنه، فإن اشتراه الأول بعشرة أرادب شعير، والثاني بعشرة أرادب فول، والثالث بعشرة أرادب قمح وأخذ الشفيع من الأول دفع له العشرة أرادب شعير، ويرجع كل من الثاني والثالث على بائعه بما دفع له، لأن المشتري إذا انفسخ البيع رجع بالثمن، وإن أخذ بالبيع الثاني دفع للمشتري الثاني عشرة أرادب فول، ويرجع الثالث على الثاني بما دفعه له. وإن أخذ بالبيع الثالث دفع للمشتري الثالث عشرة أرادب قمح، ولا رجوع لأحد منهم على غيره.

ويملك الشفيع الشقص المشفوع بالأخذ بالشفعة بلا حكم حاكم إن كان مليئا بقدر ثمنه الذي استقر عليه شراؤه به؛ لحديث جابر مرفوعا " هو أحق به بالثمن "، ولأن الشفيع إنما استحق الشقص بالبيع فكان مستحقا له بالثمن كالمشتري.

ولابد وأن يكون الثمن معلوما للشفيع؛ لأن الأخذ بالشفعة أخذ بعوض، فاشترط علم باذله به قبل إقدامه على التزامه كمشتري المبيع (**ويلزم الشفيع أن يدفع للمشتري الثمن الذي وقع عليه العقد فإن كان مثليا**) كدراهم ودنانير وحبوب وأدهان (**فمثله**) من جنسه (**أو**) كان الثمن (**مُتَقَوَّما فـ**) يدفع (**قيمته**) والمراد به قيمته وقت الشراء؛ لأنه وقت استحقاق الأخذ سواء زادت أو نقصت بعد، فإن تعذر على شفيع مثل مثلي لعدمه فعليه قيمته؛ لأنها بدله في الإتلاف، أو تعذرت معرفة قيمة الثمن المتقوم بتلف أو نحوه فعلى شفيع قيمة شقص مشفوع؛ لأن الأصل في عقود المعاوضات أن تكون بقدر القيمة؛ لأن وقوعها بأقل أو أكثر محاباة والأصل عدمها.

(**فإن جُهِلَ الثمن**) أي: قدره كصبرة تلفت أو اختلطت بما لا تتميز منه (**ولا حيلة**) في ذلك على إسقاط الشفعة (**سقطت الشفعة**)؛ لأنها لا تستحق بغير بدل ولا يمكن أن يدفع إليه ما لا يدعيه وكما لو علم قدر الثمن عند الشراء ثم نسي، فإن اتهمه شفيع أنه فعله حيلة لإسقاطها حلفه على نفيه لاحتمال صدق الشفيع، وإن جهل الثمن مع الحيلة فعلى شفيع قيمة شقص ويأخذه إذ الظاهر أنه بيع بقيمته.

(**وكذا إن عجز الشفيع ولو عن بعض الثمن وانتُظر ثلاثة أيام**) بلياليهن من حين أخذه بالشفعة حتى يتبين عجزه نصا، ولأنه قد يكون معه نقد فيمهل بقدر ما يعده فيه والثلاث يمكن الإعداد فيها غالبا (**ولم يأت به**) فلمشتر الفسخ بلا حاكم؛ لتعذر وصوله إلى الثمن كبائع بثمن حال تعذر وصوله إليه ؛ ولأن الأخذ لا يتوقف على حاكم فلا يتوقف فسخ الأخذ بها عليه كغيرها من البيوع وكالرد بالعيب.

فللمشتري الفسخ ولو أتى الشفيع برهن على ثمن، أو أتى بضامن له فيه ولو مليا؛ لبقاء ضرره بتأخير الثمن.

ولا يلزم المشتري تسليم الشقص قبل قبض ثمنه. وثمن مؤجل اشترى به الشقص ولم يدرك شفيع الأخذ حتى حل على مشتر كثمن حال ابتداء، وإلا يحل مؤجل قبل أخذ شفيع فإنه يأخذه به إلى أجله إن كان الشفيع قادرا على الوفاء، أو كفله فيه كفيل مليء نصا؛ لأنه تابع للمشتري في الثمن وصفته، والتأجيل من صفاته وينتفي عنه الضرر بكونه مليا أو كفله مليء.

يصدق مشتر بيمينه فيما إذا اختلف هو وشفيع في قدر ثمن اشترى به الشقص حيث لا بينة؛ لأن العاقد أعرف بالثمن، والشقص ملكه فلا ينزع منه بدون ما يدعي به من قدر الثمن بلا بينة وليس الشفيع بغارم؛ لأنه لا شيء عليه وإنما يريد تملك الشقص بثمنه بخلاف غاصب ونحوه.

ويصدق مشتر بيمينه في جهل بقدر الثمن لجواز أن يكون اشتراه جزافا أو بثمن نسي مبلغه.

ويصدق مشتر بيمينه في أنه غرس أو بنى في أرض منها الشقص المشفوع إذا أنكره الشفيع وإنه كان بها حال الشراء؛ لأنه ملكه والشفيع يريد تملكه فيضيع عليه إلا مع بينة شفيع فيعمل بها، وتقدم بينة شفيع على بينة مشتر إن أقاما بينتين؛ لأنه خارج والمشتري داخل، ولا تقبل شهادة بائع لواحد منهما؛ لأنه متهم.